

DROIT COMPARÉ ET EUROPÉEN

Volume 124

LA CONFIANCE

.....

11^E JOURNÉES BILATÉRALES FRANCO-ALLEMANDES
PARIS, 22 ET 23 NOVEMBRE 2012

.....

Sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson et Peter Jung

Collection dirigée par Bénédicte Fauvarque-Cosson



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

LA PROTECTION DE LA CONFIANCE EN DROIT ALLEMAND DES CONTRATS

Peter JUNG*

Contracter, ce n'est pas seulement prévoir¹ mais aussi avoir confiance. La protection de la confiance « *Vertrauensschutz* » est ainsi un topique important en droit allemand des contrats². Dans le cas du contrat de crédit, c'est ce principe même qui a donné le nom à un type particulier de contrat³. Faire confiance peut compenser un manque d'information sur une situation actuelle ou des incertitudes quant à une situation future du fait de la conviction personnelle qui en résulte⁴. Compte tenu de cette conviction, on renonce à vérifier une situation actuelle ou à s'intéresser de plus près aux conditions d'un développement futur, cette vérification étant impossible ou trop onéreuse. La confiance réduit ainsi les coûts de

* Professeur à l'Université de Bâle ; l'auteur tient à remercier Mme Violaine Kocher pour la révision linguistique du manuscrit.

¹ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, 1949, p. 151 ; dans le même sens LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges François Terré*, Paris, 1999, p. 643 et s.

² Cf. à titre d'exemple BGH du 19 déc. 1977 BGHZ 70, 337 et s. ; BGH du 13 déc. 2005 NJW-RR 2006, 993, 994 ; BGH du 22 oct. 1996 NJW 1997, 312 et s. ; pour la doctrine, cf. not. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munich, 1971 ; EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen, 1950 ; v. CRAUSHAAR, *Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, Munich, 1969 ; LOGES, *Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Berlin, 1991 ; HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin, 1931 ; KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, Marbourg, 1933, p. 144, et s. ; crit. LOBINGER, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*, Tübingen, 1999, p. 52 et s. ; en anglais FAUST, WIESE, « Protecting Legitimate Expectations – The German Perspective », in B. FAUVARQUE-COSSON (éd.), *La confiance légitime et l'Estoppel*, p. 99 et s. ; en droit comparé B. FAUVARQUE-COSSON, *Rapport Général*, p. 9 et s.

³ EICHLER, *op. cit. supra* n 2, p. 3.

⁴ LUHMANN, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 4. éd., Stuttgart, 2000, p. 27 et s.

transaction et rend gérable des situations complexes et risquées⁵. On gagne du temps en se fiant à une décision prise et en ne remettant pas en cause tous les paramètres qui ont abouti à cette décision.

La conviction qui est à la base de la confiance peut être plus ou moins forte. Le fait d'avoir confiance n'est pas forcément un acte conscient et peut se baser sur une supposition tacite. Dans ce cas de figure, la confiance se caractérise par l'absence d'une méfiance⁶. En outre, l'existence de doutes n'exclut pas la confiance à moins que ces derniers soient si forts qu'ils aboutissent à un sentiment de méfiance accru⁷ ou à une obligation de renseignement⁸. Si la confiance doit être légitime, elle ne doit pas être « aveugle »⁹ mais bien avoir pour source une certaine situation réelle¹⁰, un comportement actif¹¹ ou passif¹² d'une autre personne, une déclaration individuelle¹³ ou encore un acte de publicité¹⁴. En droit contractuel, le développement d'une confiance légitime n'est pas seulement dû à un fait personnel et unilatéral mais résulte plutôt d'une bienveillance réciproque. Elle se manifeste ensuite par une prise de dispositions favorables à l'encontre de l'autre partie « *Vertrauensdisposition* ». Il ne s'agit pas seulement d'analyser par exemple l'intention de l'auteur d'une déclaration et sa réception mais aussi d'identifier la manière dont l'auteur de la déclaration a perçu la réception de son acte et le comportement du destinataire. Ainsi, parfois, il est exigé que les actes de dispositions du destinataire aient été connus de l'auteur ou qu'ils auraient dû l'être afin que la confiance puisse être protégée¹⁵.

⁵ LOSER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, Berne, 2006, p. 16 et s.

⁶ LUHMANN, *op. cit. supra* n 4, p. 37 ; CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 503.

⁷ LUHMANN, *op. cit. supra* n 4, p. 37 et 92 et s. ; LOSER, *op. cit. supra* n 5, p. 17.

⁸ V. pour la justification d'une obligation de renseignement *infra* sous I.B.1.

⁹ EICHLER, *op. cit. supra* n 2, p. 111.

¹⁰ À titre d'exemple, cf. l'utilisation d'un bien appartenant à un associé par la société, OLG Hamm du 10 nov. 1976, *NJW* 1977, 1159 et s. et K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4^e éd., Cologne, 2002, § 9 III 3.

¹¹ À titre d'exemple, cf. § 172 al. 1 BGB (présentation d'un acte de mandat).

¹² À titre d'exemple, cf. le silence gardé après la réception d'une lettre de confirmation en matière commerciale, cf. KRAUSE, *op. cit. supra* n 2, p. 7 et s. ; JUNG, *Handelsrecht*, 9^e éd., Munich, 2012, p. 196 et s. ; LETTL, « Das kaufmännische Bestätigungsschreiben », *JuS* 2008, 849 et s.

¹³ À titre d'exemple, cf. la déclaration de solidarité d'une société mère en faveur d'une de ses filiales « *weiche Patronatserklärung* » qui n'engage la société mère qu'en cas de circonstances exceptionnelles ; cf. OLG Karlsruhe du 7 août 1992 *WM* 1992, 2088 ; BGH du 4 juillet 1961 *WM* 1961, 1103, 1106 ; FRIED, *Die weiche Patronatserklärung*, Berlin, 1998, p. 97 et s. et 104 et s. ; OBERMÜLLER, « Die Patronatserklärung », *ZGR* 1975, 1, 4 et s.

¹⁴ À titre d'exemple, cf. l'immatriculation au registre du commerce (§ 15 al. 3 HGB).

¹⁵ Cf. CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 517 et s.

La confiance peut s'étendre juridiquement à un autre sujet de droit, un objet de droit ou une relation juridique ou encore à un système juridique. Au niveau contractuel, on se fie aux qualités ou intentions d'une personne telle que son statut personnel, sa compétence professionnelle, sa solvabilité ou son intention de contracter. Pour ce qui est des objets, on regarde habituellement si la chose achetée est susceptible d'être utilisée conformément à l'emploi prévu par le contrat ou si une utilisation ordinaire, courante, fréquente et familière est possible¹⁶. Le lien de confiance qui peut se créer quant à une relation juridique entre une personne et un objet (par exemple un droit de propriété) ou quant à une relation juridique entre deux ou plusieurs personnes (par exemple l'existence d'un lien contractuel) relève en droit d'une importance particulière. Finalement on peut se fier aux propriétés d'un système juridique, c'est-à-dire à sa constitutionnalité, à l'impartialité de ses institutions, à ses mécanismes de contrôle ou à sa capacité de résoudre des conflits de manière rapide, efficace et juste.

Le sujet de cette contribution – bien qu'il soit limité au droit contractuel – est ainsi assez vaste. C'est pourquoi nous nous limitons dans une première partie aux trois cas de figure importants de la protection de la confiance en matière contractuelle. Eu égard à son champ d'application large et varié, la deuxième partie de cette contribution est consacrée à la cohérence et à la nature de ce principe juridique.

I. LA PROTECTION DE LA CONFIANCE – UN PRINCIPE APPLIQUÉ EN DROIT ALLEMAND DES CONTRATS

Bien qu'il y ait très peu de normes qui, dans leur libellé, font expressément référence au principe de la confiance et à sa protection et bien que le mot « *Vertrauensschutz* » apparaisse seulement dans les intitulés officiels des §§ 68 et 70 BGB, le fait d'avoir eu confiance en concluant, en exécutant ou en finalisant un contrat est assez souvent invoqué en droit allemand. Le recours au principe de la confiance peut créer une obligation « *Vertrauenshaftung* »¹⁷ ou peut permettre

¹⁶ Art. 434 al. 1 phr. 2 n° 1 et 2 BGB.

¹⁷ Cf. not. les §§ 179, 311 al. 2 et 3 et 663 BGB et la jurisprudence engageant l'employeur qui a donné régulièrement certains avantages, non juridiquement dus, aux salariés « *Erwirkung durch betriebliche Übung* » et quelques conséquences de la théorie de l'apparence (cf. *infra* sous II.B.2) ; BALLERSTEDT, « Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter », *AcP* 151 (1950/51), 501, 506 et s. (responsabilité du fait de la « *Inanspruchnahme fremden Vertrauens* ») ; selon CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 1 et s., les cas de figures de la « *Vertrauenshaftung* » sont caractérisés par le fait qu'ils font naître une

l'extinction¹⁸ d'une obligation, bien qu'il ne soit pris en considération que dans certains cas de figure et sous certaines conditions. Cette protection à la fois variée et restreinte de la confiance s'illustre à travers trois exemples caractéristiques, à savoir la *culpa in contrahendo*, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui « *venire contra factum proprium* » et la théorie de l'apparence « *Rechtsscheinhaftung* ».

A. – *La culpa in contrahendo*

Le droit allemand connaît depuis la réforme de son droit des obligations en 2002¹⁹ une codification partielle²⁰ du concept de la *culpa in contrahendo* initialement développé par Rudolf von Jhering²¹ et la jurisprudence²². Les nouvelles règles du § 311 al. 2 et 3 BGB²³ mettent

obligation et que cette naissance trouve sa principale raison d'être dans la nécessité de protéger la confiance du créancier.

¹⁸ Cf. not. § 407 BGB (paiement du débiteur de bonne foi au cessionnaire) et § 377 HGB (perte du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité en cas d'omission d'une dénonciation précisant la nature du défaut dans les plus brefs délais) ainsi que la théorie de la péremption ; FAUST, WIESE, *op. cit. supra* n° 2, p. 130 et s.

¹⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts du 26 nov. 2001, *BGBI.* 2001 I, p. 3138 et s.

²⁰ MEDICUS, STÜRNER, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., 2012, § 311 n° 33.

²¹ V. JHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. 4, 1861, p. 1 et s. ; cf. CHOE, *Culpa in contrahendo bei Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1988.

²² RG du 7 déc. 1911 *RGZ* 78, 239 et s. (concerne la violation des obligations de sécurité) ; RG du 5 avril 1922 *RGZ* 104, 265, 267 et s. (concerne la fausse apparence d'un contrat valable) ; BGH du 7 févr. 1980 *BGHZ* 76, 343, 349 (concerne la rupture abusive des pourparlers) ; BGH du 26 sept. 1997 *NJW* 1998, 302, 303 et s. (concerne la violation d'une obligation précontractuelle d'information).

²³ § 311 BGB (*Obligations contractuelles et quasi-contractuelles*)

(1) *Sauf si la loi en dispose autrement, un contrat conclu entre les parties est nécessaire pour fonder une obligation en vertu d'un acte juridique ainsi que pour modifier le contenu d'une obligation.*

(2) *Un rapport d'obligation générateur d'obligations selon le § 241, al. 2 naît aussi :*

1. *de l'engagement de pourparlers ;*

2. *de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat, à l'occasion de laquelle l'une des parties accorde à l'autre ou lui confie, dans la perspective d'une relation contractuelle éventuelle, la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ou*

3. *de contacts d'affaires analogues.*

(3) *Un rapport d'obligation générateur d'obligations selon le § 241, al. 2 peut naître également à l'égard de personnes qui ne doivent pas devenir parties au contrat. Un tel rapport d'obligation résulte notamment de ce que le tiers inspire une confiance particulière et influence à ce titre considérablement les pourparlers ou la conclusion du contrat.*

(Traduction en langue française par M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, 2004 – Annexe).

l'accent sur la protection de la confiance²⁴. Ainsi, l'existence d'une relation quasi-contractuelle obligeant les parties à respecter les droits, les biens et les intérêts de l'autre au sens du § 241 al. 2 BGB « *Schutzpflichten* » est le résultat de l'engagement de pourparlers, d'une mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat ou de contacts d'affaires analogues. La *culpa in contrahendo* est en soi un concept large protégeant la confiance dans trois cas de figure principaux et peut s'étendre à des tierces personnes.

1. La confiance légitime : fait générateur de la culpa in contrahendo

Premièrement, la *culpa in contrahendo* peut consister en la violation des obligations de sécurité dans la phase précontractuelle. À vrai dire, ces cas relèvent comme en droit français du domaine classique du droit délictuel²⁵. Mais vu les faiblesses du droit délictuel allemand²⁶, la doctrine et la jurisprudence allemandes ont cherché à les rapprocher au droit contractuel. Afin de délimiter le champ d'application, il est nécessaire qu'un lien particulier existe entre les parties « *vertragsähnliche Sonderbeziehung* ». Ce lien peut exister en raison de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat²⁷ et du fait de l'existence d'une assurance que notre potentiel cocontractant ne mettra pas en danger nos droits, biens et intérêts parce qu'il respectera les standards d'un comportement diligent. Cette espérance légitime dans la phase précontractuelle est ainsi en droit allemand un fait générateur d'obligations de sécurité quasi-contractuelles dont la violation est sanctionnée par des dommages-intérêts.

Deuxièmement, la partie qui a subi un dommage à cause de l'absence d'un contrat valable peut demander des dommages-intérêts à son cocontractant espéré ou présumé sur la base d'un fondement quasi-

²⁴ Cf. KOCH, « § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung », *AcP* 204 (2004), 59, 69 et s.

²⁵ THIEMANN, *Culpa in contrahendo – Ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984, p. 16 et s.

²⁶ La restitution des dommages purement patrimoniaux n'est pas toujours assurée par les §§ 823 al. 2 et 826 BGB, la faute doit être prouvée par la personne lésée et le § 831 BGB permet au principal d'exclure sa responsabilité pour les actes commis par ses préposés s'il arrive à prouver qu'il a bien respecté la *cura in eligendo, instruendo et custodiendo* ; pour les faiblesses du droit délictuel allemand, cf. v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, Karlsruhe 1960, p. 69 et s. et v. BAR, *Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Cologne, 1980, p. 204 et s. ; en droit comparé, cf. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages – Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Paris, 2006.

²⁷ À titre d'exemple, l'entrée dans un magasin dans l'intention de contracter ; crit. THIEMANN, *op. cit. supra* n 25, p. 41 et s.

contractuel si celui-ci a rompu les pourparlers de manière abusive ou s'il est responsable de la non-validité du contrat conclu. En cas de rupture des pourparlers, le principe de la liberté contractuelle selon lequel une partie peut mettre fin en principe à tout moment auxdits pourparlers est également valable en droit allemand. Par exemple, une offre plus attractive d'un tiers peut justifier une rupture des pourparlers. Mais comme en droit français, la rupture ne doit pas être abusive. Il y a rupture abusive quand l'autre partie a été incitée à agir ou quand il y a eu création d'une confiance particulière par une lettre d'intention de contracter « *letter of intent* »²⁸ ou notamment du fait d'un commencement anticipé de l'exécution du contrat²⁹. En outre, le principe de la protection de la confiance peut justifier une obligation d'information du cocontractant³⁰.

Selon la règle particulière du § 663 BGB, une personne qui sollicite la conclusion d'un contrat de service en s'offrant individuellement ou publiquement à rendre un service doit se manifester sans hésitation fautive si elle ne veut pas accepter une offre qui lui a été faite. C'est ainsi le concours d'une sollicitation publique ou individuelle de services « *invitatio ad offerendum* » et d'un silence gardé après la réception d'une offre qui rend responsable le prestataire de services³¹. La conséquence juridique n'est pas – bien au contraire du § 362 HGB – la conclusion du contrat mais une obligation de réparer le préjudice de confiance « *Vertrauensschaden* » selon le § 280 al. 1 BGB³².

Troisièmement, la *culpa in contrahendo* trouve application lorsque les conditions prévues dans un contrat conclu sont moins avantageuses que ce que l'on pouvait légitimement attendre³³. La partie responsable a alors violé une obligation d'information « *Aufklärungspflicht* » ou de conseil « *Beratungspflicht* » envers le cocontractant³⁴. Tout dépend ici de la portée de l'obligation d'information ou de conseil³⁵. En effet,

²⁸ Cf. BERGJAN, « Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent nach neuem Schuldrecht », *ZIP* 2004, 395, 398 et s.

²⁹ BGH du 19 oct. 1960 *LM* § 276 Fa Nr. 11 ; BGH du 7 févr. 1980 *BGHZ* 76, 343, 348 et s. et 349 et s.

³⁰ SINGER, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, Munich, 1983, p. 271 et s.

³¹ FEHRENBACHER, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 663 n° 1.

³² RG du 5 avril 1922 *RGZ* 104, 265, 267 et s. (pour l'ancien droit des obligations) ; FEHRENBACHER, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 663 n° 5.

³³ Cf. seulement BGH du 24 juin 1998 *NJW* 1998, 2900 s. ; BGH du 19 mai 2006 *BGHZ* 168, 35 et s. ; MEDICUS, STÜRNER, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 311 n° 55 et s.

³⁴ BGH du 20 sept. 1996 *NJW-RR* 1997, 144, 145 ; FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, 2001, p. 416 et s.

³⁵ U. HUBER, « Aufklärungspflichten vor Vertragsschluß », in LORENZ (éd.), *Karlsruher Forum 2000 : Aufklärungspflichten*, Karlsruhe, 2001, p. 5 et s. ; POHLMANN, *Die Haftung*

l'obligation d'information est particulièrement essentielle dans une relation de confiance particulière comme par exemple en cas d'une relation d'affaires de longue durée³⁶.

2. La confiance légitime : raison de l'extension de la culpa in contrahendo au tiers

Ce qui est particulièrement intéressant, c'est l'extension du concept de la culpa in contrahendo aux tierces personnes n'étant pas concernées par le lien contractuel potentiel. Selon le § 311 al. 3 phr. 2 BGB, il y a existence d'un rapport quasi-contractuel lorsque le tiers inspire une telle confiance particulière et influence à ce titre considérablement les pourparlers ou la conclusion du contrat. C'est ce qu'on appelle la responsabilité des personnes de confiance « *Sachwalterhaftung* »³⁷. Ainsi, un associé unique ou dominant peut être rendu responsable s'il a participé aux négociations et s'il a créé une confiance particulière du fait de sa capacité à influencer l'exécution du contrat³⁸. La confiance doit aller au-delà de la confiance courante qu'une personne normale a en quelqu'un lors de la passation d'un contrat³⁹. C'est pourquoi l'opinion dominante en doctrine s'est opposée⁴⁰ à une responsabilité des agences de notation financière pour la notation donnée à une banque envers les créanciers de

wegen Verletzung von Aufklärungspflichten – Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, Berlin, 2002, p. 101 et s. et 130 et s.

³⁶ Cf. seulement OLZEN, in MARTINEK (éd.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 2, Neubearbeitung, Berlin, 2009, § 241 n° 445 et BOHRER, *Die Haftung des Dispositionsgaranten – Ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung*, Ebelsbach, 1980, p. 10 et s.

³⁷ V. pour cette théorie avant sa codification en 2002, par ex. A. WIEGAND, *Die « Sachwalterhaftung » als richterliche Rechtsfortbildung*, Berlin, 1992 ; HENKE, *Sachwalterhaftung*, Francfort/M. 1997 ; CANARIS, « Die Haftung des Experten gegenüber Dritten », *ZHR* 163 (1999), 206 et s.

³⁸ RG du 19 janv. 1934 *RGZ* 142, 219, 223 ; BGH du 4 juill. 1983 *BGHZ* 88, 67, 69 ; BGH du 23 oct. 1985 *NJW* 1986, 586, 588 ; BGH du 10 mars 1986 *NJW* 1986, 3193 ; BGH du 8 oct. 1987 *NJW-RR* 1988, 615, 616 ; BGH du 2 mars 1988 *NJW* 1988, 2234, 2235 ; BGH du 17 juin 1991 *NJW-RR* 1991, 1241, 1242 ; BGH du 6 juin 1994 *NJW* 1994, 2220, 2221 et s. ; BALLERSTEDT, « Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter », *AcP* 151 (1950/51), 501, 506 et 508 et s. ; ULMER, « Volle Haftung des Gesellschafter/Geschäftsführers einer GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung », *NJW* 1983, 1577, 1579 ; U. MÜLLER, « Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung », *NJW* 1969, 2169, 2171 ; SCHANZE, *Einmann-Gesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung*, p. 108 ; CANARIS, « Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo », in HABSCHEID et al. (éd.), *Festschrift für Hans Giger*, Berne, 1989, p. 91, 105 ; crit. SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, Berlin, 1979, p. 63 et s.

³⁹ BGH du 8 oct. 1987 *NJW-RR* 1988, 615, 616 ; BGH du 6 juin 1994 *NJW* 1994, 2220, 2222 ; U. MÜLLER, *op. cit. supra* n° 38, *NJW* 1969, 2169, 2171.

⁴⁰ Exception faite en cas de dol ou en cas de contact direct avec le tiers.

cette même banque lorsque l'évaluation des risques s'avère par la suite être erronée⁴¹. Par surcroît, une personne qui n'est à l'origine pas concernée par le potentiel lien contractuel peut finalement se retrouver être impliquée du fait de la notion de « contrat avec effets protecteurs pour les tiers » « *Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter* » et peut ainsi profiter d'une responsabilité précontractuelle⁴².

B. – L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui

Un deuxième domaine classique de la protection de la confiance légitime est le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui « *venire contra factum proprium* »⁴³. Son champ d'application va bien au-delà du droit contractuel où ce principe sert notamment de base à la sanction prévue en cas de rupture abusive des pourparlers. En principe, le droit allemand reconnaît la possibilité de changer d'avis et de comportement. Nous pouvons par exemple invoquer la nullité pour un acte juridique que nous avons nous-même accompli. Bien évidemment, le droit allemand a posé des limites. Il convient notamment de respecter la parole donnée et d'exécuter le contrat « *pacta sunt servanda* »⁴⁴. L'exercice d'un droit formateur ne peut pas s'annuler⁴⁵. Ainsi, nous devons accepter les conséquences d'une apparence née dont la création

⁴¹ WAGNER, « Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber dem Anlegerpublikum », in JUNG et al. (éd.), *Einheit und Vielheit des Unternehmensrechts – Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013, p. 467, 482 et s. ; CANARIS, « Die Haftung des Experten gegenüber Dritten », *ZHR* 163 (1999), 206, 233 et s. (pour l'attestation d'un expert-comptable) ; d'opinion contraire ; WITTE, HRUBESCH, « Rechtsschutzmöglichkeiten beim Unternehmensrating », *ZIP* 2004, 1346, 1351 (sur la base de la notion de « contrat avec effets protecteurs des tiers ») ; pour une responsabilité envers les créanciers pour une négligente évaluation de la bonité HENNRICH, « Haftungsrechtliche Aspekte des Ratings », in HÄUSER et al. (éd.), *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2004, p. 875, 889 et s. ; en droit comparé BLAUROCK, « Control and Responsibility of Credit Rating Agencies », in BOELE-WOELKI, VAN ERP (éd.), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, 2007, p. 481, 501 et s.

⁴² BGH du 28 janv. 1976 *BGHZ* 66, 51, 54 f. (responsabilité de l'exploitant d'un magasin envers une petite fille qui a glissé et est tombée dans le magasin avant que sa mère ne finalise la conclusion d'un contrat d'achat).

⁴³ SINGER, *op. cit. supra* n° 30, p. 5 et s. et 313 et s. ; DETTE, *Venire contra factum proprium nulli conceditur – Zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts*, Berlin, 1985, p. 45 et s. ; RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912, p. 167 et s. ; CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 287 et s.

⁴⁴ Dans une perspective de droit comparé, cf. JUNG, *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen – Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts*, Baden-Baden, 1995.

⁴⁵ Pour l'irrévocabilité d'un droit formateur en droit allemand, cf. LARENZ, WOLF, *Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil*, 9^e éd., Munich, 2004, § 15, n° 75.

nous est imputable⁴⁶. En dehors de ces cas particuliers, un comportement incohérent, qu'il soit fautif ou non⁴⁷, est inadmissible s'il représente une violation du principe de la bonne foi « *Treu und Glauben* ». C'est le cas lorsqu'une personne crée de par un comportement qui lui est imputable un lien de confiance amenant son cocontractant de bonne foi à prendre des dispositions qu'il n'aurait pas prises s'il n'y avait pas eu existence de ce lien de confiance⁴⁸. Ainsi, une personne qui convainc son cocontractant qu'une authentification de la vente d'un immeuble n'est pas nécessaire du fait de sa bonne réputation ne peut alors plus invoquer un vice de forme⁴⁹. La partie qui garantit des qualités spécifiques ne peut plus invoquer par la suite une clause de non-garantie générale⁵⁰. Si une partie crée l'impression de par son comportement qu'elle n'exerce plus du tout⁵¹ ou plus d'une certaine manière⁵² un droit, une objection ou exception, elle ne peut plus s'en prévaloir « *Verwirkung* ». Ces cas de figure sont proches de la renonciation tacite⁵³. Le débiteur ne peut plus notamment invoquer la prescription ou la péremption s'il a empêché de par son comportement le créancier de suspendre ou d'interrompre la prescription⁵⁴, par exemple en convaincant le créancier d'attendre d'abord l'issue d'un litige pilote ou parallèle ou de lui accorder un délai de réflexion. Si le débiteur a payé en revanche une dette prescrite, il ne peut plus demander la restitution du paiement⁵⁵. Si quelqu'un a exécuté au moins partiellement un contrat nul ou conclu par une autre partie en

⁴⁶ V. plus précisément *infra* sous I. C.

⁴⁷ BGH du 31 janv. 1975 BGHZ 64, 5, 9 s.

⁴⁸ Pour les cas de vices de forme, cf. CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 294 et s.

⁴⁹ BGH du 27 oct. 1967 BGHZ 48, 396 et s. ; autre avis encore RG du 21 mai 1927 RGZ 117, 121, 124 f. « *Edelmannswort* ».

⁵⁰ § 444 BGB ; selon la jurisprudence, cela vaut également pour une qualité particulière de la chose convenue par les parties ; cf. not. BGH du 29 nov. 2006 BGHZ 170, 86, 97 ; autre avis EMMERT, « Vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache und Haftungsausschluss des Verkäufers », *NJW* 2006, 1765, 1768.

⁵¹ BGH du 27 juin 1957 BGHZ 25, 47, 51 et s. ; BGH du 29 févr. 1984 *NJW* 1984, 1684 et s.

⁵² OLG Munich du 13 mars 1991 *NJW-RR* 1992, 1037 et s. (création d'un lien de confiance dans le but qu'un droit de résiliation ne soit exercé que pour motif grave).

⁵³ Péremption en vertu d'une renonciation tacite, cf. SCHMIDT-KESSEL, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 242 n° 59 ; pour l'opinion dominante expliquant la péremption par une protection de la confiance, v. seulement BGH du 27 juin 1957 BGHZ 25, 47, 52 ; SINGER, *op. cit. supra* n° 30, p. 335 et s. et STAUDER, *Die Verwirkung zivilrechtlicher Rechtspositionen*, Francfort/M. 1995, p. 46 et s. et 126 et s.

⁵⁴ BGH du 1^{er} oct. 1987, *NJW* 1988, 265, 266 ; BGH du 21 janv. 1988 *NJW* 1988, 2245, 2247 ; rappr. le § 203 BGB pour la suspension de la prescription en cas d'une négociation.

⁵⁵ § 214 al. 2 phr. 1 BGB.

connaissant le fait qu'il n'était pas obligé de s'exécuter, il ne peut plus alors invoquer la nullité⁵⁶ ou contester sa qualité de débiteur⁵⁷.

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui se justifie assez souvent du fait de l'existence d'une apparence trompeuse et d'un lien de confiance particulier. Cependant, en droit allemand, l'existence d'un lien de confiance légitime n'est pas une condition nécessaire à l'invocation de cette interdiction si quelqu'un se contredit directement « *unlösbarer Selbstwiderspruch* »⁵⁸. On ne peut pas par exemple à la fois demander l'annulation et l'exécution du contrat ou invoquer devant une juridiction étatique une clause compromissoire dont on a déjà contesté la validité avec succès devant un arbitre. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire de vérifier si l'autre partie peut se justifier de l'existence d'un lien de confiance légitime⁵⁹. Ceci est également valable lorsque quelqu'un déclare avoir une volonté contraire à son comportement actuel. Si par exemple une personne gare sa voiture dans un parking payant, il passe un contrat selon l'opinion dominante même s'il déclare expressément qu'il ne veut pas être lié « *protestatio facto contraria non valet* »⁶⁰. Un autre exemple a été codifié au § 651a al. 2 BGB⁶¹.

C. – La théorie de l'apparence

La responsabilité pour le fait d'avoir créé de manière imputable une apparence entraînant la prise de dispositions par un tiers de bonne foi « *Rechtsscheinhaftung* » joue un rôle assez important en droit privé allemand. Il s'agit d'un cas particulier de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Invoquer la réalité alors que l'on a créé consciemment une apparence divergente est inadmissible si le tiers a disposé de bonne

⁵⁶ § 814 BGB ; pour la justification de la règle de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, cf. SCHWAB, in HABERSACK (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, 5^e éd., Munich, 2009, § 814 n° 2.

⁵⁷ BGH du 23 oct. 1986 *NJW-RR* 1987, 335 s. ; rappr. BGH du 7 déc. 1989 *NJW-RR* 1990, 417, 418.

⁵⁸ BGH du 20 sept. 1995 *BGHZ* 130, 371, 375 et s. ; SCHMIDT-KESSEL, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 242 n° 57.

⁵⁹ BGH du 20 mai 1968 *BGHZ* 50, 191, 193 et s.

⁶⁰ BGH du 14 juill. 1956 *BGHZ* 21, 319, 333 et s. ; BUSCHE, in SÄCKER (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 6^e éd., Munich, 2012 § 133 n° 56 ; autre avis DÖRNER, in DÖRNER et al. (éd.), *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar*, 7^e éd., Baden-Baden, 2012, Vor §§ 145-157 n. 2.

⁶¹ § 651a BGB (*Obligations typiques émanant d'un contrat de voyage à forfait*) : « ... (2) La déclaration de ne servir que d'intermédiaire des prestataires des différents éléments du voyage (prestataires de services) ne doit pas être prise en considération si l'organisateur du voyage donne l'impression qu'il rend lui-même ces prestations ».

foi en fonction de cette apparence. Si par exemple un consommateur se présente comme entrepreneur, il ne peut plus alors invoquer une norme protégeant les consommateurs⁶². Les exemples légaux et coutumiers d'une application de la théorie de l'apparence sont nombreux en droit allemand, notamment en droit commercial.

1. Les conditions d'application de la théorie

Pour que la théorie de l'apparence puisse s'appliquer, il est nécessaire que quatre conditions soient réunies : Premièrement, une apparence différente d'un fait réel ou d'un fait juridique certain actuel ou futur doit avoir été créée⁶³. En droit allemand, on trouve notamment la création d'une apparence quant au fait d'être titulaire d'un pouvoir de représentation « *Anscheinsvollmacht* »⁶⁴, d'un statut de consommateur « *Scheinverbraucher* »⁶⁵, de commerçant « *Scheinkaufmann* »⁶⁶ et d'entrepreneur « *Scheinunternehmer* »⁶⁷. L'existence d'une société « *Scheingesellschaft* »⁶⁸ ou le statut d'associé « *Scheingesellschafter* »⁶⁹ peuvent être également le fruit de la création d'une apparence trompeuse. Un particulier revêt par exemple l'apparence d'un commerçant au sens du Code de commerce allemand s'il se gratifie d'un nom ressemblant à un nom commercial et s'il indique plusieurs comptes bancaires ou nomme un soi-disant fondé de procuration⁷⁰. L'apparence peut se fonder sur un comportement ou des paroles à l'égard d'une personne concrète ou sur un acte de publicité *ad incertas personas*. Peu importe en principe que cette apparence soit née du comportement de la personne responsable ou

⁶² BGH du 22 déc. 2004 *NJW* 2005, 1045 f.

⁶³ Selon WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht*, Vienne, 1906, p. 22 et s. et 58 et s. on peut distinguer les « faits artificiels » « *künstliche Tatbestände* » existant en raison d'une loi (telle qu'une immatriculation) des « faits naturels » « *natürliche äußere Tatbestände* » existant en raison d'un comportement humain (tel qu'une déclaration) ; dans le même sens CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 492 et s.

⁶⁴ Cf. FRENSCH, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 167 n° 37 et s.

⁶⁵ HERRESTHAL, « *Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB* », *JZ* 2006, 695, 705.

⁶⁶ Cf. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, « Le commerçant en droit allemand », *RIDC* 2009, 785, 808 et s.

⁶⁷ HERRESTHAL, *op. cit. supra* n° 65, p. 699 et s.

⁶⁸ Cf. BGH du 27 mai 1953 *NJW* 1953, 1220 ; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4^e éd., Cologne, 2002, § 6 III 1 a.

⁶⁹ BGH du 3 févr. 1975 *BGHZ* 64, 11, 16 et s. ; BGH du 8 mai 1978 *BGHZ* 71, 354, 356 ss. ; BGH du 3 mai 2007 *NJW* 2007, 2492 ; JUNG, *Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft*, Tübingen, 2002, p. 422 et s.

⁷⁰ Cf. JUNG, *op. cit. supra* n° 12, p. 41 et s. ; GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *op. cit. supra* n° 66, p. 810.

d'actes émanant d'une tierce personne⁷¹. Par contre, elle doit toujours se référer à la personne à laquelle on fait appel⁷². Une restriction importante à la théorie de l'apparence se rencontre en droit commercial : En effet, si un fait sujet à mention a été correctement immatriculé au registre du commerce et publié, on ne peut plus invoquer une apparence trompeuse après l'expiration d'un délai transitoire de 15 jours (§ 15 al. 2 HGB), sauf si l'apparence devait être plus forte que la publicité du registre du commerce⁷³. C'est notamment le cas si la personne assujettie à l'immatriculation a empêché par son comportement le tiers de consulter le registre du commerce ou si elle se trouve depuis longtemps dans une relation d'affaire avec le tiers⁷⁴.

La deuxième condition est l'opposabilité de l'apparence à la personne responsable « *Zurechenbarkeit* »⁷⁵. Si l'apparence est née de son fait personnel, il n'est pas nécessaire qu'il y ait encore faute de la part de la personne responsable. Par contre, si l'apparence a été créée par un tiers, celle-ci ne sera imputable à la personne responsable que dans les cas où cette dernière connaissait ou aurait pu connaître les agissements dénoncés et aurait pu y mettre fin⁷⁶. En tout cas, le comportement actif ou passif ne pourra être imputé à l'éventuel responsable que si celui-ci est doté de la capacité d'exercice.

Troisièmement, pour mériter protection, le tiers doit bien évidemment être de bonne foi. En cas d'ignorance du fait de sa négligence, le tiers ne pourra plus en principe se prévaloir de la théorie de l'apparence. Pourtant, cela ne signifie nullement qu'il soit contraint d'effectuer des recherches particulières, telles que consulter le registre du commerce, ce excepté dans deux cas : lorsqu'il existe de sérieux doutes quant à l'apparence et lorsque l'affaire est très importante⁷⁷. Pour un fait sujet à immatriculation, le tiers ne peut plus invoquer la théorie de l'apparence dès qu'il a eu connaissance de la réalité⁷⁸.

⁷¹ Pour le commerçant « apparent », cf. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *op. cit. supra* n° 66, p. 809 ; si l'apparence est née du fait d'un tiers, il faut alors une faute de la part de la personne tenue responsable, v. *infra* n° 76.

⁷² CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 497 et s.

⁷³ KOCH, « Vertrauensschutz gegen das Handelsregister », *AcP* 207 (2007), p. 768 et s. ; CANARIS, *Handelsrecht*, 24^e éd., Munich, 2006, § 5 n° 36 et s.

⁷⁴ JUNG, *op. cit. supra* n° 12, p. 67 et s.

⁷⁵ CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 467 et s. et 527 et s.

⁷⁶ Pour le commerçant « apparent », cf. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *op. cit. supra* n° 66, p. 809.

⁷⁷ Pour le commerçant « apparent », cf. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *op. cit. supra* n° 66, p. 809 et s.

⁷⁸ Cf. not. § 68 phr. 1 et § 892 al. 1 BGB, § 15 al. 1 et 3 HGB, § 29 al. 1 et 3 GenG, § 5 al. 2 PartGG.

Finalement, il est nécessaire que le tiers ait conclu un acte juridique parce qu'il a cru de bonne foi à l'apparence trompeuse « *kausale Vertrauensdisposition* ». Cette dernière condition est l'exigence du lien de causalité. Il y a lien de causalité par exemple si le tiers contracte avec une société en nom collectif en se fiant à la qualité d'associé et à la responsabilité personnelle et illimitée d'un associé « apparent ».

2. Les conséquences juridiques d'une application de la théorie

Lorsque les représentants, entrepreneurs, commerçants et associés « apparents » ne le sont pas dans les faits réels, les conséquences juridiques de la création d'une telle apparence sont triplement limitées⁷⁹ : Tout d'abord, l'apparence n'a qu'un effet relatif : elle ne joue qu'entre le tiers leurré et le responsable. Deuxièmement, le responsable ne peut pas invoquer l'apparence créée à l'égard du tiers leurré afin de pouvoir ainsi bénéficier d'une règle qui lui serait favorable. Enfin, les effets de la création d'une apparence sont limités aux actes juridiques de droit privé. En effet, le commerçant « apparent » par exemple reste un simple particulier pour la procédure civile, le droit public et le droit pénal.

Après avoir passé en revue quelques exemples de l'application de la protection de la confiance, nous pouvons maintenant aborder dans une deuxième partie la question de savoir si la protection de la confiance représente un principe homogène en droit allemand des contrats.

II. LA PROTECTION DE LA CONFIANCE – UN PRINCIPE HÉTÉROGÈNE EN DROIT ALLEMAND DES CONTRATS

Un examen général de la nature du principe de la protection de la confiance en droit allemand contractuel révèle son fondement hétérogène et l'incohérence de l'application qui en est faite.

A. – Un principe fondé de manière hétérogène

1. Fondements divers

La protection de la confiance légitime se fonde en droit allemand notamment sur le principe de la bonne foi « *Treu und Glauben* »⁸⁰ et, en

⁷⁹ CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 518 et s.

⁸⁰ Cf. EICHLER, *op. cit. supra* n 2, p. 13 et s. ; pour l'importance primordiale du principe de la bonne foi « *Treu und Glauben* » en droit allemand, cf. JUNG, « Die Generalklausel im

cas de restriction de l'exercice d'un droit, sur la théorie de l'abus de droit « *Rechtsmissbrauchsverbot* »⁸¹. Une partie ayant créé par son comportement un lien de confiance ne se comporte pas comme une personne honnête si elle ne s'en tient pas à ses paroles ou à son comportement. Cela est particulièrement vrai dans les cas d'un abus de confiance « *Vertrauensbruch* ».

Le principe de la sécurité juridique⁸² est également un principe fondateur. Son existence rend possible un déroulement plus rapide des échanges et une réduction des coûts de transaction car le tiers cocontractant peut se fier par exemple à l'existence et à une portée absolue d'un pouvoir de représentation. Il n'est ainsi pas étonnant que la protection de la confiance joue un rôle plus important en droit commercial allemand⁸³.

En fonction du cas particulier, il est possible qu'il existe d'autres principes fondateurs : Si une personne a créé une fausse apparence de manière dolosive, c'est le principe des bonnes mœurs (§ 138 BGB) qui sert de fondement à la protection de la confiance⁸⁴. Dans le cas de figure du *venire contra factum proprium*, il ne s'agit pas seulement de protéger la confiance légitime d'autrui mais aussi d'assurer qu'une personne supporte toutes les conséquences juridiques d'un premier comportement et ne puisse pas se réserver les morceaux de choix et détourner une disposition légale défavorable « *Vermeidung der Rosinenpickerei bzw. Gesetzesumgehung* ». Le statut de consommateur peut justifier une protection particulière du lien de confiance existant au motif qu'il découle de ce statut un besoin accru de protection⁸⁵. D'autre part, la réputation et la gestion fiable d'un registre public sont les causes d'un renforcement de la protection du lien de confiance se fondant sur une inscription⁸⁶. De même, un individu se retrouve lié par la représentation qu'il a faite de sa personne en ayant eu recours à la publicité ou en communiquant par

deutschen und französischen Vertragsrecht », in BALDUS, MÜLLER-GRAFF (éd.), *Die Generalklausel im kontinentaleuropäischen Privatrecht*, Munich 2006, p. 37 et s.

⁸¹ Cf. DETTE, *op. cit. supra* n 43, p. 31 et s. et 50.

⁸² Cela vaut notamment pour la théorie de l'apparence ; cf. CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 526 et s. et LOGES, *op. cit. supra* n 2, p. 130 et s.

⁸³ V. à titre d'exemple les §§ 15, 362, 366 HGB.

⁸⁴ LARENZ/WOLF, *op. cit. supra* n 45, § 27 n° 71 et s. ; PRÖLSS, « Der Einwand der unclean hands im Bürgerlichen Recht, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht », *ZHR* 132 (1969), 35, 59 avec n. 84 ; crit. CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 276.

⁸⁵ LOGES, *op. cit. supra* n 2, p. 115 et s.

⁸⁶ Pour le registre du commerce et sa publicité selon le § 15 HGB, cf. KREBS, in K. SCHMIDT (éd.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. 1, 3^e éd., Munich, 2010, § 15 n° 10.

exemple certaines informations par une lettre à la clientèle « *Selbstbindung durch Selbstdarstellung* »⁸⁷.

2. Conflits divers avec d'autres principes

La protection de la confiance légitime rentre en conflit avec d'autres principes du droit allemand. Une pondération s'impose alors. Un tel « contre-principe » important est celui de l'autonomie de la volonté. Une personne n'est en principe tenue par ses déclarations de volonté ou ses actes juridiques que si sa volonté actuelle y correspond⁸⁸. Ainsi, selon ce principe, une personne a le droit de changer d'avis sans engager sa responsabilité⁸⁹. En droit contractuel, la volonté de contracter exprimée oralement et la confiance en les paroles données coïncident uniquement lorsque l'interprétation objective des paroles données correspond à la réelle volonté de leur auteur⁹⁰. En ce qui concerne les conséquences juridiques d'une protection de la confiance légitime, la question se pose de savoir si, du fait de l'existence du principe de l'autonomie de la volonté, il existe alors une responsabilité contractuelle uniquement en cas de concordance entre la volonté et les actes accomplis⁹¹. Le principe de la volonté est étroitement lié en droit contractuel avec le principe de la liberté contractuelle et plus généralement avec la liberté d'agir⁹². Dans certains cas, la protection de la confiance peut entrer une fois de plus en conflit avec le principe du *nemo dat*⁹³ ou encore en matière de droit des sociétés avec la responsabilité limitée des associés d'une société de capitaux⁹⁴.

⁸⁷ KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1982, p. 156 et s.

⁸⁸ Cf. not. LOBINGER, *op. cit. supra* n 2, p. 89 et s.

⁸⁹ Cf. par ex. BGH du 23 mai 2001 *NJW* 2001, 2713, 2714.

⁹⁰ Pour la protection de la confiance du fait de la notion de force obligatoire du contrat, cf. LOSER, *op. cit. supra* n 5, p. 77 et s. ; pour une justification de la force obligatoire du contrat du fait de la nécessité d'une protection de la confiance, cf. EICHLER, *op. cit. supra* n 2, p. 8 et 106 et v. CRAUSHAAR, *op. cit. supra* n 2, p. 35 et s.

⁹¹ Dans un sens positif LOBINGER, *op. cit. supra* n 2, p. 94 et s. ; dans un sens négatif CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 439 et s.

⁹² LOSER, *op. cit. supra* n 5, p. 138 et s. ; LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, Munich, 1997, p. 15 et s. ; BACHMANN, *Private Ordnung*, Tübingen, 2006, p. 240 et s.

⁹³ En cas d'acquisition de bonne foi selon les §§ 932 et s., § 892 al. 1 et 1207 s. BGB ainsi que § 366 HGB.

⁹⁴ V. *supra* n. 10 et 13.

B. – *Un principe appliqué de manière hétérogène*

Les différentes apparitions du principe de la protection de la confiance en droit allemand des contrats démontrent bien que ce principe trouve application à des conditions différentes et n'engendre pas nécessairement toujours les mêmes conséquences juridiques.

1. *Absence de conditions homogènes*

La confiance ne mérite protection que si elle est légitime. Afin d'apprécier cette légitimité, il faut tenir compte de toutes les circonstances de chaque cas particulier telles que par exemple le statut des parties (consommateur, entrepreneur, commerçant etc.), la relation des parties (relation purement délictuelle, relation précontractuelle, contractuelle ou post-contractuelle, relation de longue durée, relation de coopération etc.), l'origine de la confiance (l'immatriculation dans un registre, un écrit, des paroles, un comportement etc.), l'objet de la confiance (fait actuel ou futur, fait subjectif ou objectif) et la réaction de l'autre partie (omission, conclusion d'un contrat, dépenses). En cas de mauvaise foi, cette légitimité est exclue. Il y a mauvaise foi lorsque le tiers cocontractant a eu de sérieux doutes, ou si l'affaire était d'une telle importance et/ou si l'obtention de renseignements était facile et possible « *Kennenmüssen* ». L'appréciation concrète de la légitimité de la confiance dépend ainsi plutôt du cas particulier que d'une norme générale.

La jurisprudence et la doctrine ont essayé de systématiser l'application du principe en classant les cas particuliers dans des catégories « *Fallgruppenbildung* ». Cette approche inévitable pose quand même problème. En effet, comment convient-il de procéder à cette catégorisation ? Par exemple, l'annulation d'une déclaration de volonté pour cause d'erreur rend responsable le révoquant pour le dommage causé à son cocontractant de bonne foi (§ 122 BGB). La *culpa in contrahendo* ne peut pas être le principe fondateur de cette responsabilité car le § 122 al. 1 BGB prévoit bien au contraire de son homologue suisse⁹⁵ une responsabilité sans faute. La théorie de l'apparence ne peut pas non plus justifier cette responsabilité, le contrat ayant été bien réel et voulu jusqu'à son annulation. Ainsi, la majorité de la doctrine a créé une

⁹⁵ Art. 26 CO.

catégorie à part au sein de la division « responsabilité pour création d'un lien de confiance » afin de pouvoir classer cette responsabilité⁹⁶.

En outre, les conditions d'application ne sont pas toujours identiques au sein d'une même catégorie « *Fallgruppe* », et ce, même dans le domaine relativement homogène et théoriquement développé de la théorie de l'apparence « *Rechtsscheinhafung* ». Les quatre conditions nécessaires à son application font l'objet de distinction quant à leur traitement⁹⁷. Cela fait une différence si l'on est dans le domaine du droit commercial ou civil⁹⁸, s'il y a ou non existence d'une immatriculation dans un registre public⁹⁹ et finalement si l'apparence a été créée du fait d'un comportement d'une tierce personne ou non¹⁰⁰. À titre d'exemple d'une divergence d'application au sein d'une même catégorie, on peut citer les §§ 68 et 70 BGB. Dans le cadre du § 15 HGB, la publication joue un rôle primordial, alors que ce n'est pas le cas dans le cadre des §§ 68 et 70 BGB. En effet, selon le § 15 al. 2 HGB, le tiers est censé connaître le contenu du registre après l'écoulement d'un délai de 15 jours dès la publication. En revanche, selon le § 68 phr. 2 BGB, le tiers a encore la possibilité d'invoquer sa méconnaissance s'il ne devait pas avoir connaissance de l'immatriculation. Néanmoins, les restrictions jurisprudentielles et doctrinales à une application favorable au tiers du § 15 al. 2 HGB¹⁰¹ et à une application favorable à l'association du § 68 phr. 2 BGB¹⁰² ont pour conséquence une harmonisation de l'application faite en pratique de ces deux dispositions.

2. Absence de conséquences juridiques homogènes

Les §§ 122 et 179 al. 2 BGB ainsi que le § 663 couplé avec le § 280 al. 1 BGB prévoient que la personne responsable est seulement obligée

⁹⁶ BGH du 14 mars 1969 *NJW* 1969, 1380 ; ARMBRÜSTER, in SÄCKER (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 6^e éd., Munich, 2012, § 122 n° 1 et 13 ; autre avis LOBINGER, *op. cit. supra* n° 2, p. 207 et s. (cas de la *culpa in contrahendo*).

⁹⁷ V. pour ces conditions *supra* sous I. C.1.

⁹⁸ En matière commerciale la sécurité juridique souhaitée demande une protection plus forte des tiers ; cf. seulement CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 526 et s.

⁹⁹ Dans le premier cas, le tiers est protégé de manière abstraite (il ne doit pas avoir consulté le registre) alors que dans le deuxième cas, il doit se fier à et disposer en fonction d'une apparence concrète.

¹⁰⁰ Le premier cas exige l'existence d'une faute alors que le deuxième exige seulement que le comportement soit imputable.

¹⁰¹ KOCH, *op. cit. supra* n° 73, p. 768 et s. ; CANARIS, *Handelsrecht*, 24^e éd., Munich, 2006, § 5 n° 36 et s.

¹⁰² Selon SCHÖPFLIN, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 68 n° 2 le tiers ne peut invoquer la situation antérieure que s'il prouve que l'immatriculation est intervenue juste avant la passation de l'acte juridique ou s'il s'est fait montrer un extrait actuel du registre.

d'indemniser le tiers en raison du dommage que celui-ci a subi pour s'être fié à la validité d'une déclaration de volonté ou à l'existence d'un pouvoir de représentation ou à la conclusion d'un contrat. Pareillement, les dommages-intérêts sont limités dans le cas d'une rupture abusive des pourparlers, comme en droit français¹⁰³, en principe au seul intérêt négatif¹⁰⁴. Les obligations de sécurité violées ne concernent pas la conclusion valable du contrat et son exécution parfaite mais la protection contre les conséquences d'une déception causée par la non-survenance ou la non-validité du contrat espéré ou présumé. Du fait du principe de la liberté contractuelle, on ne peut pas se fier à l'exécution d'un contrat pas encore conclu mais c'est à juste titre que l'on peut compter sur le fait que le cocontractant se porte responsable des conséquences de son comportement créateur de confiance. Il y a ainsi indemnisation du préjudice de confiance « *Anspruch auf Vertrauensschadensersatz* ».

Néanmoins, dans d'autres cas, le législateur et la jurisprudence obligent la personne qui a créé un lien de confiance particulier à réaliser la situation respective « *Anspruch auf Vertrauensentsprechung* »¹⁰⁵, notamment en l'obligeant à être partie au contrat escompté « *Vertragshaftung* »¹⁰⁶, à l'exécuter « *Erfüllungshaftung* »¹⁰⁷ ou à compenser un dommage résultant de son inexécution « *Ersatz des Nichterfüllungsschadens* » ou « *positives Interesse* »¹⁰⁸, par exemple en interprétant le contenu d'une offre selon la perception légitime de l'acceptant « *Auslegung nach dem objektivierten Empfängerhorizont* ». Finalement, la protection de la confiance légitime peut découler sur la perte d'un droit, ce qui arrive par exemple en cas de réclamation tardive pour vice caché¹⁰⁹. Si un comportement contradictoire entraîne

¹⁰³ Cass. com. du 26 nov. 2003, *Bull. civ.* n° 186, p. 206.

¹⁰⁴ Cf. BGH du 7 févr. 1980 *BGHZ* 76, 343, 349 ; BGH du 29 mars 1996 *NJW* 1996, 1884, 1885 ; crit. NICKEL, *Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo*, Berlin, 2004, p. 136 et s.

¹⁰⁵ Cf. pour ce terme CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 5 et passim.

¹⁰⁶ V. not. le § 362 HGB et la théorie de la lettre de confirmation constitutive en matière commerciale (JUNG, *op. cit. supra* n° 12, p. 200 et s. ; LETTL, « Das kaufmännische Bestätigungsschreiben », *JuS* 2008, 849, 852) ainsi que la théorie du mandat apparent (FRENSCH, in PRÜTTING, WEGEN, WEINREICH (éd.), *BGB-Kommentar*, 7^e éd., Cologne, 2012, § 167 n° 47 et s.).

¹⁰⁷ Selon le § 179 al. 1 var. 1 BGB, le prétendu mandataire doit, selon le choix du tiers, soit exécuter le contrat, soit dédommager le tiers alors même qu'il n'est pas partie au contrat, lequel détermine le contenu des obligations mais pas leur fondement ; cf. SCHRAMM, in SÄCKER (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 6^e éd., Munich, 2012, § 179 n° 30 et s.

¹⁰⁸ § 179 al. 1 var. 2 BGB ; pour une éventuelle compensation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation de renseignement précontractuelle cf. BGH du 25 nov. 1992 *BGHZ* 120, 281, 284 s. et BGH du 19 mai 2006 *BGHZ* 168, 35, 40 s.

¹⁰⁹ § 377 HGB ; cf. seulement GRUNEWALD, in K. SCHMIDT (éd.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. 6, 2^e éd., Munich, 2007, § 377 n° 89 et s.

généralement la perte d'un droit « *Verwirkung* », la jurisprudence a décidé pourtant en droit du travail qu'un tel comportement crée une obligation contractuelle à exécuter « *Erwirkung* ». Par exemple, l'employeur qui régulièrement procure certains avantages à ses employés alors même que ces derniers ne sont juridiquement pas dus peut se retrouver obliger à continuer de les donner « *betriebliche Übung* »¹¹⁰. Si l'apparence concerne un statut personnel comme par exemple la commercialité apparente, elle produit envers le tiers de bonne foi en droit privé toutes les conséquences positives et négatives de ce statut¹¹¹.

CONCLUSION

La protection de la confiance « *Vertrauensschutz* » est un principe directeur « *Leitlinie* »¹¹² omniprésent en droit allemand des contrats¹¹³. La confiance légitime mérite une protection optimale malgré l'obligation de respecter les autres principes directeurs. En cas de concours entre le principe de la confiance et plusieurs autres principes directeurs, il y aura pondération « *Optimierungsgebot* »¹¹⁴. Le « si » et le « combien » de la protection d'une confiance par le législateur ou le juge n'est ainsi que le résultat d'une pondération et d'une considération de plusieurs aspects et intérêts juridiques. La protection de la confiance a donné lieu à la création de dispositions légales et reste avant tout un principe souvent retenu par la jurisprudence, particulièrement quand il s'agit de légitimer des décisions en droit privé, alors même que ce principe n'a pas fait l'objet d'une codification. Grâce à l'application de concepts flexibles, le droit allemand arrive à des solutions adéquates propres à chaque cas particulier¹¹⁵.

¹¹⁰ Cf. SINGER, *op. cit. supra* n 30, p. 347 et s. ; CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 403 et s. ; FAUST, WIESE, *op. cit. supra* n 2, p. 118 et s.

¹¹¹ Cf. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *op. cit. supra* n 66, p. 810.

¹¹² Il n'existe pas de définition de la notion de principe directeur mais le projet de réforme de la chancellerie sur le droit des contrats, rendu en juillet 2008, retient comme principes directeurs les principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la bonne foi ; rapp. pour l'estoppel en tant que principe général du droit du commerce international GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. Arb.* 1985, 241.

¹¹³ CANARIS, *op. cit. supra* n 2, p. 4 et s. (« *Topos* »).

¹¹⁴ V. pour la distinction du principe de droit en tant que « *Optimierungsgebot* » et la règle de droit empruntée de Ronald Dworkin en droit allemand notamment ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2^e éd., Francfort/M. 1994, p. 72 et s.

¹¹⁵ Dans ce sens également FAUST, WIESE, *op. cit. supra* n 2, p. 135.

En tant que principe directeur, la protection de la confiance n'est pas une règle de droit qui s'applique directement de manière homogène. Comme d'autres concepts abstraits et flous, la protection de la confiance légitime nécessite une concrétisation par une catégorisation des cas pratiques « *Fallgruppenbildung* ». Pourtant, même à l'intérieur de ces catégories, théoriquement homogènes, il n'y a pas existence de conditions et conséquences claires, incontestées et unifiées, exception faite de la théorie de l'apparence « *Rechtsscheinhaftung* »¹¹⁶. Ainsi, le besoin d'une systématisation persiste même si elle peut s'avérer impossible.

¹¹⁶ Cette théorie a été systématisée notamment par CANARIS, *op. cit. supra* n° 2, p. 526 et s. avec p. 490 et s.